

## LA PLACE DU DROIT COUTUMIER DANS LA FORMATION DES ÉTATS AFRICAINS

---



### Daniel dos Santos

Lorsque les sciences sociales ont fait du droit et de la justice en Afrique noire un de leurs objets d'étude, elles ont été souvent marquées par la circonscription de tels objets aux définitions normatives et aux appareils formels créés par les États, à l'exception notable des travaux de certains anthropologues et ethnographes. Ce réductionnisme semble, à première vue, renforcer l'idée qu'en dehors des mécanismes étatiques, formels et officiels de contrôle social et de résolution de conflits, il n'y a pas autre chose.

Cela pose un problème épistémologique considérable - le droit, la loi, le crime et la justice étant soumis à des interminables débats depuis plus d'un siècle - puisqu'une société ne saurait se réduire à l'État ou aux institutions émanant d'une autorité politique centrale, présentée comme *unique*, au-dessus des citoyens et des autres institutions ou corps sociaux. S'il en était ainsi, nous ferions alors face à l'existence d'un seul ordre, exclusif, auquel tous les autres seraient redevables et réductibles :

*« Quand donc y a-t-il droit, institution, ordre juridique?  
Dans " tout être ou corps social ". . . Et donc non pas  
seulement dans l'État, considéré depuis l'apparition de  
l'État moderne comme un corps social privilégié jusqu'à la  
sublimation. Fini donc l'exclusivisme étatique. Imputer à*

*l'État la totalité du phénomène juridique et même plus spécialement l'ensemble des normes juridiques n'est en substance qu'une fiction, qu'une clôture délibérée du champ d'observation.<sup>1</sup> »*

Partant de la perspective de Romano<sup>2</sup>, le droit est plus qu'un ensemble de normes, ses références étant les notions d'organisation et de structure. Il est donc *institution*, c'est-à-dire ordre juridique. Et puisqu'il « habite » tout corps social, l'ordre juridique étatique n'est qu'une entité parmi d'autres.

Dans le cas des sociétés de l'Afrique noire, même si on doit y noter des nuances et des différences locales propres à la diversité historique du continent, les ordres extra étatiques se présentent de telle façon qu'il n'est pas possible de les ignorer. Évidemment, il est plus facile et simple d'avoir un modèle théorique, sorte de « prêt-à-porter », que l'on pose comme étant seul et vrai, quitte précisément à effacer la multiplicité des ordres juridiques et les reléguer à un rôle secondaire, ou à **imposer** un ordre juridique étatique comme hégémonique alors que ses assises sociales sont faibles. Cela serait dû particulièrement aux problèmes que soulève la formation d'un État « moderne » africain depuis les indépendances, au poids de l'héritage colonial et au manque d'articulation entre les différents ordres juridiques.

Lorsqu'une démarche qui ignore ce que Romano nomme la **relevance**, à savoir si un ordre tient ou non compte de l'existence d'un autre, aboutit aux applications politiques, elle engendre une fausse idée d'homogénéisation et d'uniformisation comme conditions de la stabilité et de l'harmonie autant des États que des sociétés<sup>3</sup>. Or la pluralité culturelle, la diversité ethnique, c'est-à-dire de nations, ainsi que le pluralisme des ordres juridiques des sociétés africaines actuelles ne sont pas disparues, ni avec les modèles coloniaux de domination ni avec ceux de la formation d'un État « moderne », soit-il celui d'un État nation africain ou d'un État « comprador ». Tous ces trois modèles ont en commun le fait qu'ils se réfèrent à la constitution d'un ordre dominant et hégémonique – l'État – et à la soumission, l'assujettissement ou la disparition des ordres extra étatiques.

---

<sup>1</sup> Ph. Francescakis dans Santi Romano *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1946/1975, p.VIII

<sup>2</sup> Santi Romano, *supra* note 1

<sup>3</sup> Santi Romano, pp.65-66, 106 et s.

La réception du droit et des systèmes judiciaires européens, héritage historique incontestable de la période coloniale et impliquant son acceptation ou son refus; l'intégration ou la marginalisation des droits coutumiers, des droits populaires ou traditionnels africains; la création et le maintien de systèmes juridiques et judiciaires parallèles; la tentative d'institutionnalisation de l'hégémonie d'un droit étatique ou encore la subordination des autres à celui-ci. En voilà quelques-unes des questions qui doivent interpeller la façon dont les formations sociales africaines ont été envisagées dans le passé, et nous encourager à jeter un regard nouveau sur les sociétés et sur l'État africain.

La contribution des chercheurs occidentaux, en particulier Européens (ne serait ce que par le fait colonial), à la connaissance et à la compréhension des droits africains ou des ordres juridiques africains, n'est pas négligeable. Bien sûr, ces recherches ont souvent été entachées par une perspective ethnocentrique. D'autres fois elles obéissaient à des besoins pratiques ou à des exigences politiques et administratives coloniales. Cependant, ces travaux ont aussi été pendant longtemps les seuls qui nous permettaient de débattre sur l'existence d'ordres juridiques autres que celui étatique, sur le pluralisme juridique et social, et surtout de remettre en cause une tendance impériale à l'homogénéisation et à l'uniformisation du monde sous prétexte de rationalisation et d'universalité.

Le débat qui fait rage aujourd'hui entre universalistes et relativistes n'est pas nouveau. Toutefois, on n'y gagne pas grande chose si l'on se fige sur des positions extrêmes, l'égalitarisme absolu par rapport au nihilisme outrageant. Plus on s'enfonce dans la logique du mouvement de la mondialisation/globalisation, plus ces positions se radicalisent.

D'une part on cherche à tout prix à imposer un « modèle » comme unique et vrai, fondé sur l'État (démocratie représentative), le marché libre (suppression des contrôles) et les droits de la personne (normatifs et formels). D'autre part, les sociétés civiles réagissent localement, non pas uniquement par un repli vers le « traditionnel » mais aussi par la quête de valeurs de partage, de solidarité et identitaires, leur permettant de bâtir des institutions qui correspondent mieux à leurs besoins.

En ce qui concerne l'Afrique noire, nous prétendons que cette dernière réaction vers le local sera d'autant plus forte que « l'État africain » se révèle

en fait extérieur à la fragmentation et à la diversité qui caractérise les sociétés africaines. Il s'agit là d'une réalité qui précède l'État africain « indépendant », qui remonte aux temps pré-coloniaux et non pas une fiction post-moderne. Tant et aussi longtemps que les « élites dirigeantes » africaines auront le dos tourné à leurs sociétés civiles, la synthèse de l'articulation des ordres hérités des périodes pré-coloniale et coloniale, si nécessaire à la concrétisation de formations sociales plus ou moins achevées, n'aura pas lieu. Elle est encore plus nécessaire lorsqu'on se penche sur le niveau de développement de l'Afrique – pas la croissance économique mais la production de la richesse sociale et sa répartition – à une époque où l'on constate « l'expansion globale du pouvoir judiciaire » de l'État et son intervention accrue dans le domaine du politique.<sup>4</sup>

De nos jours, les sciences sociales font face, en Afrique noire, à un défi de taille, celui de réussir à construire une approche conceptuelle, épistémologique et théorique, méthodologique et appliquée, capable de réaliser cette synthèse historique.

En vue de cette tâche, il nous semble important d'aborder la formation des États africains non pas comme s'ils étaient ou devraient être la reproduction des États nations occidentaux, mais plutôt comme des corps sociaux concrets, des institutions historiquement et socialement constituées, fondées sur des ordres juridiques propres à leurs sociétés. Cela est aussi, croyons-nous, la condition de dépassement d'un État africain tronqué ou extérieur, au moment même où l'on doute sérieusement qu'il existe, tant ses fondements sociaux locaux sont fragiles.

Le droit africain ne peut plus être « *traditionnel* » ni « *moderne* ». Il est droit africain tout simplement. Et puisque tout corps social « est porteur de droit », il ne se réduit pas à un ordre juridique, mais se réfère à un ensemble de rapports entre les ordres juridiques, la **relevance** selon Santi Romano, comprenant des principes, des directives, des normes et des sanctions. Il faut néanmoins remarquer, même si on y trouve généralement ces deux dernières catégories, que l'existence de normes et de sanctions ne constitue pas un mode exclusif de reconnaissance d'un ordre juridique. Certaines directives ou normes ne sont pas accompagnées de sanctions. Face à l'absence de

---

<sup>4</sup> Voir C. Neal Tate et Torbjörn Vallinder (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995

normes, les décisions des cours, en tant que pouvoir et entité, assument ce rôle de création.

Dans le passé, la plupart des chercheurs, qui ont étudié le droit et les structures juridiques en Afrique noire, ont mené leurs recherches dans une perspective ethnocentrique, en utilisant un vocabulaire et une terminologie propres à leurs cultures et à leurs expériences de vie. Cette attitude a souvent limité la portée de ces travaux et de leurs résultats aussi bien que la compréhension des objets étudiés. Ainsi va-t-il de certaines pratiques et de rapports sociaux africains, *différents*, qualifiés de « primitifs » ou de « sauvages ». Les politiques coloniales découlant de ces recherches étaient généralement construites selon la perception européenne de la vie des *indigènes* et les exigences économiques et politiques de la *métropole*, partant donc de valeurs et de références culturelles extérieures aux sociétés africaines, et de la croyance de la supériorité, à tous les égards, de la *civilisation* européenne :

*Le colonialisme porte en lui la terreur. Il est vrai. Mais il porte aussi en lui, plus néfaste encore peut-être que la chicotte des exploiters, le mépris de l'homme, la haine de l'homme, bref le racisme. Que l'on s'y prenne comme on le voudra, on arrive toujours à la même conclusion. Il n'y a pas de colonialisme sans racisme.*<sup>5</sup>

D'où la dualité assignée à l'espace public juridique colonial et à la suprématie de l'ordre juridique étatique. Cette double qualité du régime juridique colonial assurait le rôle attribué à la justice et au droit coutumiers pendant cette période, et cela en dépit des variantes du modèle, selon la puissance colonisatrice : renforcer la notion de tribu et le pouvoir des chefs *ethniques* (coutumiers) et la résolution des conflits exclusivement *indigènes*.

Plus tard, au XX<sup>e</sup> siècle<sup>6</sup>, on commencera à utiliser les termes *traditionnel* et *culturel* pour désigner ces pratiques différentes et en trouver des

<sup>5</sup> Aimé Césaire cité par Pascal Blanchard et Nicolas Bancel, *De l'indigène à l'immigré*, Paris, La Découverte/Gallimard, 1998, contre couverture.

<sup>6</sup> Max Gluckman, *African Traditional Law in Historical Perspective*, London, London University Press, 1947; E. T. Olawale, *The Nature of African Customary Law*, Manchester. Manchester University Press, 1956; M. Alliot, « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les États d'Afrique francophone et malgache », Jean Poirier, *Études de droit africain et de droit malgache*, Paris, Éditions Cujas, 1965,

explications, même si on a toujours une certaine difficulté à admettre qu'elles ont des caractéristiques propres des systèmes culturels et des formes d'organisation sociales spécifiques, qui ne se comparent pas, certainement pas en termes de gradation hiérarchique, aux cultures et aux sociétés d'ailleurs. Notons que c'est déjà une amélioration remarquable par rapport au XIX<sup>e</sup> siècle, car cela représente une forme de reconnaissance, que toute société a des valeurs et des traditions qui lui sont propres, même si on n'est pas encore rendu à l'acceptation du pluralisme juridique. Cependant, le problème de savoir quelle importance leur accorder et comment les cataloguer et les situer, autant par rapport aux structures et aux institutions spécifiques à ces sociétés (point de vue interne) que par rapport aux autres sociétés (point de vue externe), demeure un débat ouvert.

À travers une nouvelle lecture de l'histoire de l'Afrique noire, on peut se rendre compte de l'existence d'institutions locales qui traversent des périodes successives, généralement transmises au moyen des traditions orales et des coutumes, avec des caractéristiques et des dimensions particulières qui en font des ensembles de dispositions sociales cohérentes, servant de guide aux rapports sociaux. Ajoutons que ces dispositions – principes, règles, directives, assemblées - ne sont pas forcément édictées par une autorité politique. Et ceci est aussi valable lorsqu'elles revêtent un caractère juridique. Malgré le fait que cette réalité soit arrivée à notre époque, et que personne n'ose nier qu'elle est concrète, les chercheurs et les politiciens autant à l'extérieur qu'en Afrique même semblent obstinés à l'ignorer ou du moins à l'attribuer une place très secondaire. Rarement ces réalités dépassent la curiosité muséologique ou folklorique pour être intégrées à l'étude et à l'analyse prospective sur la condition actuelle des « États » africains et sur l'avenir de ces sociétés.

Selon la tradition paradigmatique positiviste légaliste, le droit (*lawyers law*) se limite aux normes, aux procédures et aux institutions qui interagissent à l'intérieur d'un espace sociopolitique déterminé et légitimé par l'État, ses

---

pp.235-256; A. N. Allot, *New Essays in African Law*, London, Butterworth, 1970 and *Integration of Customary and Modern Legal Systems in Africa*, New York/Ife-Ife, Africana Pub. Corp./University of Ife Press, 1971; S. Diamond, « The Rule of Law versus The Rule of Custom », D. Black and M. Mileski (eds.) *The Social Organization of Law*, London, Seminar Press, 1973, pp.318-344; Francis G. Snyder, « Quelques réflexions sur le pluralisme juridique en Afrique, en Afrique du Nord et en Asie de l'Ouest », *Développement et société*, Montréal, École de criminologie/Université de Montréal, 1975, pp. 186-208; A. N. Allot and G. R. Woodman (eds.), *People's Law and State Law : The Bellagio Papers*, Dordrecht, Foris Pub., 1985; I. Sinitsina, « African Legal Tradition », *Journal of African Law*, v. 31, n.1-2, 1988, pp.43-48.

appareils et ses représentants. Le droit n'existe que lorsque légitimé par des normes juridiques étatiques. C'est cette perspective, et le modèle qui en dérive, que les États d'Afrique noire issus de la décolonisation se sont empressés d'adopter. À première vue, il s'agissait d'une étape importante de leur émergence, mais surtout de leur reconnaissance par la communauté des États, ce qui n'est pas sans poser des problèmes fondamentaux quant à sa légitimité, celle-ci se situant alors à l'extérieur des sociétés africaines.

Dans le contexte de la conjoncture mondiale, un tel choix signifie que les groupes dirigeants africains ont opté pour la continuité de la dualité juridique coloniale et pour le maintien de ses bras armés, comme moyen d'assurer leur pouvoir sur l'ensemble de leurs sociétés. Il faut toutefois ajouter que le pouvoir politique n'est pas fort parce qu'un État existe - sous-entendu comme force - mais plutôt parce que la source de sa légitimité se trouve dans la constitution d'assises sociales internes. Comme contrepartie à la reconnaissance officielle d'ordres juridiques extra étatiques, par exemple la justice et le droit coutumiers, le système dualiste servait un propos et un dessein colonial qui exigeaient que ces ordres juridiques se soumettent à l'hégémonie de l'ordre de l'État.

Toutes les idéologies qui ont marqué l'accès aux indépendances en Afrique noire avaient en commun la place et le rôle attribué à l'État : acteur principal et central de la création de la richesse et de sa répartition, et outil de l'émancipation sociale et politique des peuples africains. Elles concevaient ainsi l'État comme le moyen et le médiateur des transformations sociales, alors qu'il s'affirmait comme l'instrument du parti unique, seul garant de la raison, fut-elle révolutionnaire ou néo-coloniale, et du droit.

De nos jours, les « élites » politiques africaines ont rarement un projet social - *que faire de leur société?* - ou national - *qu'est-ce que la nation en Afrique?* Au mieux, elles bâtissent un État « comprador ». Au pire elles cherchent, dans la légitimation extérieure mais aussi dans le pillage des ressources et dans les rouages de la mondialisation, à garantir les moyens de leur reproduction et à assurer les mécanismes de leur domination et de leur protection locales. Leur finalité n'est pas la recherche du *bien commun*, le développement des sociétés africaines ni le bien-être des citoyens, car elles existent pour et par le pouvoir, touchées, dans les dires du prix Nobel de

littérature, Wole Soyinka, par le « syndrome du pouvoir, qui détruit le continent, un pays après l'autre », et qui, s'entre-déchirant, « entraînent leurs peuples dans l'abîme en tentant d'asseoir leur domination ».<sup>7</sup>

Quarante ans séparent le rêve de la réalité et marquent un processus de dégradation sûr et, hélas, à un tel point monstrueux, que l'on est en droit de se demander s'il ne s'agit pas de la pire tragédie du XX<sup>e</sup> siècle, quoiqu'en dise les experts des deux guerres mondiales. Les explications de la « catastrophe » africaine ne font pas l'unanimité et encore moins les solutions prônées. À titre d'exemple, référons-nous à deux auteurs fort différents, mais dont les propos nous intéressent particulièrement. D'une part,

*Si on fait l'histoire des batailles, le colonialisme a échoué. Il suffit de faire l'histoire des mentalités pour s'apercevoir qu'il est la plus grande réussite de tous les temps. Le plus beau fleuron du colonialisme, c'est la farce de la décolonisation...Les Blancs sont passés en coulisses, mais ils restent les producteurs du spectacle.*<sup>8</sup>

D'autre part, il faut néanmoins remarquer que

*Dès la fin des années quatre-vingt, le débat sur l'État en Afrique rejoignait...une réflexion plus générale sur la relation entre la guerre et la formation de l'État, et sur le rapport entre les activités économiques illicites et l'accumulation primitive capitaliste....ces questions se posent avec plus d'acuité aujourd'hui, d'une part en raison des opportunités que la mondialisation offre au crime organisé, d'autre part en fonction de la prééminence des pouvoirs militaires sur les autres forces sociales dans la plupart des anciens pays colonisés.*<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Wole Soyinka « Le syndrome du pouvoir détruit l'Afrique » (entretien), *Courrier International*, n. 501, 8-14 Juin 2000, p.38.

<sup>8</sup> Christian Maurel, *L'exotisme colonial*, Paris, Robert Laffont, 1985, p.15.

<sup>9</sup> Jean-François Bayart, Stephen Ellis et Béatrice Hibou, *La criminalisation de l'État en Afrique*, Bruxelles, Éds. Complexe, 1997, p.12.



Aujourd'hui, la mondialisation a changé la donne. Les années 1950-1960 sont déjà loin et le monde n'est plus le même. Ce qui est important de relever, c'est le fait que le colonialisme était une étape historique importante du mouvement vers la mondialisation et que le principal héritage qu'il a légué à l'Afrique noire - une certaine structure mentale dominante et un ensemble d'entités et d'institutions - est plus résistant qu'on a voulu le croire.

Sa durée est intimement liée à la faiblesse du processus de formation de l'État africain, en grande partie à cause de son incapacité à asseoir sa légitimité à l'intérieur de la société africaine et à intégrer les ordres extra étatiques, particulièrement et singulièrement la justice et le droit coutumiers.

Une deuxième remarque s'impose. La criminalisation de l'État africain, aujourd'hui à la mode, soulève plus de problèmes qu'elle en résout. Car il ne suffit pas de constater que la classe dirigeante est corrompue, qu'elle plonge continuellement dans des affaires illégales, pour définir l'État qu'elle contrôle comme criminel. Celui-ci peut ne pas être légitime, mais son hégémonie ou quasi-monopole du droit et de la justice positive le place dans une position unique, c'est-à-dire celle de « *posséder* » la légalité et la violence, et donc la décision de poursuivre quelqu'un.

D'autre part, la thèse de Charles Tilly<sup>10</sup> à laquelle se réfère J.F. Bayart, avait pour objet particulier les sociétés européennes et le Japon, à partir du XVIIe siècle. L'appliquer au cas de l'Afrique noire aujourd'hui demande une certaine prudence, car la possibilité de reproduire à l'infini un schéma ou une structure mentale dont on cherche à se libérer est trop considérable. On demeure de pleins pieds dans le cadre de l'hégémonie étatique. Non seulement faut-il chercher une réponse à la question comment exiger à l'État de respecter *son propre droit* et de réprimer *sa propre délinquance*, mais on risque aussi de justifier la situation actuelle africaine comme *une phase normale* de la formation de l'État, oubliant les spécificités de l'histoire de l'Afrique, puisque « *nous aussi, nous sommes déjà passés par là* ».

---

<sup>10</sup> « War Making and State Making as Organized Crime », Peter B. Evans, Dietrich Rueschmeyer et Theda Skocpol (eds.), *Bringing the State Back in*, Cambridge, Cambridge University Press, 1985.

Hart<sup>11</sup> considère que jusqu'à ce que les normes soient appliquées sur des cas spécifiques, elles demeurent des coutumes. Celles-ci ne deviennent lois que lorsqu'un ensemble cohérent et particulier de coutumes est reconnu comme tel par un système juridique déterminé, c'est-à-dire étatique. La reconnaissance formelle ou tacite d'une coutume par une cour ou un tribunal ne peut pas se fonder que sur un critère mettant en évidence son caractère ou sa nature « *raisonnable* ». Toujours selon Hart, un « *ordre tacite* » existe au moment où aucune action de l'autorité, l'État ou ses représentants, n'empêche une action par un subordonné, citoyen ou entité. Il sera alors considéré au même titre que la loi, en tant que norme juridique d'État.

Toutefois, le silence du droit étatique ne signifie pas la délégation tacite de l'autorité légale vers d'autres ordres (marchés, corporations, églises, entreprises, familles).

La formalisation et l'institutionnalisation des structures étatiques de contrôle social, en ne reconnaissant pas les coutumes ou les normes extra étatiques comme « raisonnables », peuvent faire obstacle à l'existence et au fonctionnement des formes de contrôle social et aux pratiques qui lui sont associées, simplement parce qu'elles se situent en dehors de l'espace juridique et judiciaire de l'État.

La domination hégémonique des formes dites étatiques rend ainsi difficile la survie à long terme des formes extra étatiques, mais aussi leur transformation et leur épanouissement. Au lieu d'établir des ponts et des modes cohérents d'articulation des différents ordres juridiques, la relation actuelle entre ces deux « mondes » gaspille les possibilités de collaboration entre leurs opérateurs et leurs acteurs sociaux. Ce qui n'est pas sans conséquences sur la reconnaissance et la légitimité de l'ordre étatique, mais certainement aussi sur la prolifération des différends<sup>12</sup> et des litiges entre ces ordres. Si, pour Hart, la coutume n'est pas si importante puisqu'elle n'est rien d'autre qu'une source secondaire du droit dans les sociétés modernes, son opinion n'est, toutefois, pas partagée par tout le monde. Roderick

---

<sup>11</sup> H. L. A. Hart, *The concept of Law*, Oxford, Oxford University Press/Clarendon Law Series, 1961, pp.44-48.

<sup>12</sup> Dans le sens employé par Jean-François Lyotard, *Le différend*, Paris, Les Editions de Minuit, 1983, pp.9, 16-55 « ...un différend serait un cas de conflit entre deux parties (au moins) qui ne pourrait pas être tranché équitablement faute d'une règle de jugement applicable aux deux argumentations ».

MacDonald<sup>13</sup>, entre autres, affirme que tous les ordres normatifs ne sont pas implicitement soumis à la régulation légale, à la reconnaissance par le droit et les institutions de la justice étatiques. Ils peuvent très bien exister et fonctionner sans cette reconnaissance et avoir une incidence certaine sur les rapports sociaux concrets.

Les politiques d'assimilation culturelle des régimes coloniaux en Afrique noire - il faudra cependant distinguer particulièrement entre les Britanniques et les autres, surtout les Français et les Portugais - n'ont pas réussi à intégrer les pratiques et les mécanismes africains de résolution des conflits aux systèmes juridiques européens. Le but de l'articulation opérée par ces régimes était d'aboutir non pas à *un métissage des cultures* mais à la reproduction de deux mondes distincts et séparés, tout en préservant la suprématie des valeurs de la puissance conquérante. Celles-ci étaient toujours déterminantes en dernière instance et définissaient le cadre ainsi que les limites des pratiques et de l'action des institutions africaines.

Les nouvelles tentatives « timidement » réalisées par un nombre réduit d'États africains après les indépendances, depuis les références faites au droit et à la justice coutumière dans les Constitutions jusqu'à leur codification, n'ont pas eu comme résultat l'intégration, même partielle, de l'immensité et de la diversité des pratiques et des institutions fragmentaires et locales dans un système qui se veut *national et universel*. Ce mouvement vers la codification des coutumes, bien que louable dans ses intentions pures, devient de plus en plus une sorte de transposition et modification parcellaire des ordres juridiques coutumiers, de tradition orale et parfois spontanés et subjectifs, en un droit à l'image de l'ordre juridique étatique, écrit, positif et objectif. En fait, ce mouvement fini par dépouiller les ordres juridiques de leur essence historique et sociale.

Selon la définition de Hart, l'incapacité de l'État « *national* » à reconnaître légalement et concrètement l'importance de la coutume et des pratiques juridiques qui en découlent, a conduit à un vide juridique caractérisé par l'absence de liens véritables et réfléchis, c'est-à-dire selon des choix sociétaux, entre des espaces politico-juridiques en apparence opposés.

---

<sup>13</sup> Roderick A. MacDonald « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law » (Working Paper/faculty of Law), Montréal, McGill University, 1995

La plupart des populations des pays africains concernés se réfèrent davantage à la justice et au droit coutumiers dans leur vie quotidienne. Les sociétés civiles<sup>14</sup> sont composées grossièrement à 60 % par des classes sociales rurales ou des populations en transition de la vie rurale à la vie urbaine. De la migration vers les villes, pour des raisons économiques et matérielles, au déplacement forcé dont l'origine se trouve dans le degré de violence et dans la constance cyclique des disputes pour le pouvoir, des conflits et des guerres, ce mouvement de transition crée un espace social instable et incertain.

Cette instabilité est en grande partie due à son caractère hautement anémique, résultat probable d'une articulation des ordres juridiques qui fait défaut. Il s'agit d'une masse de population qui devient chaque fois plus considérable, autant en termes de volume que de densité sociale, et dont les problèmes identitaires s'accumulent sans que les pouvoirs politiques y prêtent une attention quelconque. D'un côté la modernité africaine « tronquée », avec un ordre juridique qui se veut unique, légal mais illégitime. De l'autre côté une tradition plurielle bien enracinée d'ordres juridiques légitimes mais « illégaux », et entre les deux une sorte de *no man's land*, où règne la débrouillardise avec, pour conséquences immédiates, le discrédit et le manque d'autorité de l'ordre juridique étatique et son incapacité à prétendre elle-même respecter les règles qu'elle veut imposer.

À l'époque de la mondialisation et de la « deuxième » modernité, on pourra difficilement limiter le pluralisme des ordres juridiques, étroitement lié au développement de rapports sociaux multiples chaque fois plus rapide et élargi, au multiculturalisme comme une spécificité africaine. Il nous paraît impossible pour un État, quoiqu'il soit, de réguler, légiférer et contrôler tous les comportements et toutes les rapports sociaux de ses citoyens, à tout moment et dans n'importe quelles circonstances. Ce qui fait problème, ce n'est tant l'existence d'un droit et d'une justice étatiques, mais son action et sa prétention à tout vouloir réguler, légiférer et contrôler, alors qu'on sait et on connaît d'autres formes de justice et de droit, créées en dehors de l'État, dont les décisions, bonnes ou mauvaises, sont bien réelles. Faute de

---

<sup>14</sup> Nous nous référons au sens hégélien de « sphère des besoins », à l'action et à l'expression des acteurs sociaux dans l'affirmation de leur citoyenneté, à leur quête de lien social. Elle devient le prisme par lequel il faut « interroger le rapport société-État pour en saisir le devenir ». « État et société civile », *L'homme et la société*, Paris, XXV<sup>e</sup> année, n° 102, 1991//4.

reconnaissance « légale » par le droit étatique, elles deviennent secondaires dans le meilleur des mondes.

Du monopole de la violence « légitime »<sup>15</sup> au contrôle des instruments de sa suprématie, l'État en action pousse la justice et le droit coutumiers à une plus ou moins clandestinité, sauf lorsqu'il lui convient de faire autrement, par crainte ou incapacité inavouées, ou quand il y trouve un avantage. Cela ne veut pas dire que l'absence de reconnaissance légale empêche l'existence et le fonctionnement des ordres extra étatiques ou le pouvoir des autorités dites traditionnelles africaines de mettre en pratique leurs décisions. L'État « moderne » africain agit souvent et au mieux de la même manière que les États coloniaux avant lui. Surtout pour des raisons politiques ou économiques, cet État « consent » à l'existence de la justice et du droit coutumiers.

Dans un tel contexte, le **Droit** est non seulement une *entité* comprenant un ensemble de régulations, de normes procédurales et de stratégies institutionnelles étatiques, mais aussi un *espace public* ouvert englobant les ordres, les procédures, les coutumes, les traditions et les mœurs situées en dehors de l'ordre juridique de l'État, et auxquels les individus et les groupes sociaux se réfèrent pour déterminer leurs comportements, leurs rapports et satisfaire des intérêts communs ou particuliers. En tant qu'*espace public* il est aussi un lieu de production, de gestion et d'accumulation de savoirs spécifiques et multiples, qui orientent l'action des acteurs sociaux et les débats entre eux que ces actions suscitent.

Chaque ordre juridique a un but spécifique, mais le Droit ainsi défini doit se fixer un objectif plus large, celui de permettre à la société d'atteindre la plus grande et la plus équitable harmonie possible de son ordre social. Pour cela, on doit commencer par se convaincre qu'il n'est pas éternellement juste ou encore le meilleur possible. L'État et son ordre juridique ne sont qu'un des nombreux moyens dont on dispose pour réaliser cet objectif. Selon les conjonctures et les périodes historiques, selon les acteurs sociaux et leurs intérêts et selon les rapports de forces dans les sociétés, on arrive à des compromis meilleurs ou pires qui déterminent les formes (contenants), les moyens et les résultats (contenu) de l'articulation des différents ordres.

---

<sup>15</sup> Max Weber, *Le savant et le politique* (traduction de Julien Freund révisée), Paris, 10/18, 1996, pp.123-127.

Les « consensus » à réaliser ont du sens seulement lorsque les valeurs et les intérêts manifestés individuellement et collectivement se fixent comme objectif commun d'atteindre une justice juste - combien difficile, nous en convenons - c'est-à-dire fondée sur le civisme, la tolérance et la solidarité.

Ces trois axes de la justice « *utopique* » sont étroitement liés au désir et à la « quête d'un monde meilleur », un espace et un temps d'espérance, comme l'entendait Bloch.<sup>16</sup> Or, les possibilités qu'ils créent impliquent la révision de la notion de citoyenneté et de son statut, le refus de la suprématie d'un ordre juridique sur les autres, et la croissance de la capacité à améliorer continuellement l'articulation possible entre les différents ordres juridiques. Cela suppose le réaménagement constant des rapports entre les ordres, en vue de nous approcher un peu plus et à chaque instant d'une justice dont la tâche première serait de réaliser le « maximin des situations matérielles »<sup>17</sup> :

*Ce qui rend une société juste,..., c'est que grâce à ses institutions la situation des plus défavorisés parmi ses membres y est (durablement) meilleure qu'elle ne le serait si d'autres institutions (satisfaisant également les conditions éventuellement imposées) avaient été choisies*<sup>18</sup>.

En Afrique noire nous nous trouvons face à des sociétés multiculturelles, multiethniques et multinationales, qui sont marquées forcément par des rencontres avec d'autres cultures, d'autres ethnies et d'autres nations, et qui portent l'empreinte de la résistance, de l'assimilation culturelle, de la domination économique et de la soumission politique. Ne pas tenir compte des résultats possibles et réels de ces moments historiques, c'est adopter une perspective qui se prétend « **unique** », celle de l'universalisme homogénéisant régnant. Mais se réfugier dans le passé, et revendiquer le droit à une différence outrancière, c'est aussi nier la réalité de ces rencontres, de la présence et des réalisations de l' « **autre** ». On versera alors facilement dans la construction de mythes guérisseurs de maux infligés par la nostalgie, mais en accumulant des obstacles qui rendront la synthèse nécessaire au compromis plus difficile et lente.

<sup>16</sup> Ernst Bloch, *Le principe espérance* (3 vols.), Paris, Gallimard, 1976, 1982 et 1991

<sup>17</sup> Van Parijs commence par définir le maximin comme « le principe de maximisation du bien-être minimal » tout en précisant « qu'il s'agit de maximiser le sort (en termes de revenus, pouvoirs, etc.) du plus mal loti (en ces mêmes termes). » Voir Philippe Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une société juste?* Paris, Éditions du Seuil, 1991, pp. 173-174.

<sup>18</sup> Philippe Van Parijs, *Sauver la solidarité*, Paris, Éditions du CERF, 1995, p.30.

Qu'il s'agisse de l'ordre juridique étatique, coutumier ou un autre, aucun n'échappe au lien que les individus et les groupes font entre ces entités et leurs valeurs politiques, économiques, morales, éthiques, esthétiques, etc., respectives. Le **Droit** fait alors face, sous le sceau d'un relativisme de bon aloi, au rapport espace-temps et aux accouplements contradictoires qu'il crée et qu'il prétend séparer, l'ordre et le désordre, le juste et l'injuste, le bien et le mal, le bon et le mauvais, le beau et le laid.

Une démarche, parmi plusieurs autres, nous semble intéressante et possible pour arriver à une synthèse compréhensible de la formation de l'État africain et de son rapport aux ordres juridiques. Je fais ici référence aux travaux multidisciplinaires entamés par une série de chercheurs qui définissent le *métissage*<sup>19</sup> au-delà de la biologie, et le situe plutôt dans la culture au sens large :

*Le métissage n'est jamais seulement biologique. Il n'existe que par rapport aux discours tenus sur cette notion même et face aux valeurs hégémoniques dominantes d'identité, de stabilité et d'antériorité...le métissage contredit précisément la polarité homogène/hétérogène. Il s'offre comme une troisième voie entre la fusion<sup>20</sup> totalisante de l'homogène et la fragmentation différentialiste de l'hétérogène.<sup>21</sup>*

Nous croyons que cette approche pourra nous aider, à l'époque actuelle, à résoudre le difficile problème de la construction d'une synthèse capable d'établir un équilibre entre les exigences de l'universalisme de la mondialisation (du droit international) et le relativisme requis par le respect des besoins et des réalités locales.

---

<sup>19</sup> Entre autres références - et elles sont nombreuses aujourd'hui - voir Michel Serres, *Le Tiers-Instruit*, Paris, Gallimard, 1991; Internationale de l'imaginaire, *Le métis culturel*, Babel/Maison des cultures du monde, Actes Sud/Labor/L'Aire, 1994; Dominique Schnapper *La relation à l'autre*, Paris, Gallimard, 1998; L'Internationale de l'imaginaire, *Nous et les autres*, BABEL/Maison des cultures du monde, Actes Sud/Léméac, 1999; Serge Gruzinski, *La pensée métisse*, Paris, Librairie Arthème Fayard, 1999; « Raison métisse », *Multitudes*, Paris, n.6, Septembre 2001.

<sup>20</sup> Selon François Laplantine et Alexis Nouss, la fusion signifie l'« effacement des spécificités et des diversités au sein d'un ensemble commun », *Le métissage*, Paris, Flammarion/Dominos, 1997, p.118.

<sup>21</sup> Laplantine et Nouss, supra note 20, p. 8.

Daniel dos Santos  
 Criminologie  
 Faculté des sciences sociales  
 Université d'Ottawa  
 Ottawa (Ontario) Canada K1N 6N5  
[santos@synapse.net](mailto:santos@synapse.net)  
[esantos@uottawa.ca](mailto:esantos@uottawa.ca)

## Références

- ALLIOT, M. (1965) « Les résistances traditionnelles au droit moderne dans les États d'Afrique francophones et malgache » dans J. Poirier : **Études de droit africain et de droit malgache**, Paris, Éd. Cujas : 235-256
- ALLOT, A. N. (1970) **New Essays in African Law**, London, Butterworth
- \_ (1971) **Integration of Customary and Modern Legal Systems in Africa**, New York/Ife-Ife, Africana Pub. Corp./University of Ife Press
- ALLOT, A. N. & WOODMAN, G. R. (eds. 1985) **People's Law and State Law: the Bellagio Papers**, Dordrecht, Foris Pub.
- BAYART, J.-F., ELLIS, Stephen et HIBOU, Béatrice (1997) **La criminalisation de l'État en Afrique**, Bruxelles, Éd. Complexe
- BLANCHARD, Pascal et BANCEL, Nicolas (1998) **De l'indigène à l'immigré**, Paris, Découvertes, Gallimard
- BLOCH, Ernest (1976/1991) **Le principe espérance**, Paris, Gallimard
- CONAC, G. (1980) **Dynamiques et finalité des droits africains**, Paris, Economica
- DIAMOND, S. (1973) « The Rule of Law versus the Order of Custom » dans D. Black & M. Mileski (eds.), **The Social Organization of Law**, London, Seminar Press : 318-344
- GLUCKMAN, M. (1947) **African Traditional Law in Historical Perspective**, Londres, London University Press
- HART, H. L. A. (1961) **The Concept of Law**, Oxford (U.K.), Oxford University Press (Clarendon Law Series)
- INTERNATIONALE DE L'IMAGINAIRE (1994) **Le métis culturel**, BABEL/Maison des cultures du monde/Coédition Actes Sud-Labor-L'Aire (Nouvelle série n° 4)
- \_ (1999) **Nous et les autres**, BABEL/Maison des cultures du monde/Coédition Actes Sud – Leméac (Nouvelle série n° 10)
- LAPLANTINE, François et NOUSS, Alexis (1997) **Le métissage**, Paris, Flammarion/Dominos
- LLOYD, Dennis (1983) **The Idea of Law**, Harmondsworth (U.K.), Penguin Books (surtout 10. Law and Custom : 226-255)
- LYOTARD, Jean-François (1983) **Le différend**, Paris, Eds. de Minuit



- MacDONALD, R. A. (1995) « Critical Legal Pluralism as a Construction of Normativity and the Emergence of Law », Montréal, Working Paper/Faculty of Law, McGill University
- MAUREL, Christian (1985) **L'exotisme colonial**, Paris, Robert Lafont
- OLAWALE, E. T. (1956) **The Nature of African Customary Law**, Manchester, Manchester University Press
- ROMANO, Santi (1946/1975) **L'ordre juridique**, Paris, Dalloz
- SINITSINA, I. (1988) « African Legal Tradition », **Journal of African Law**, 31, 1-2 : 43-48
- SOYINKA, Wole (2000) « Le syndrome du pouvoir détruit l'Afrique » (entretien), **Courrier international**, no 501, 8-14, juin : 38
- SPENCER, Herbert (1850/1993) **Le droit d'ignorer l'État**, Paris, Les Belles Lettres  
 \_ (1885) **L'individu contre l'État**, Paris, Félix Alcan Éditeur
- SPOONER, Lysander (1870/1999) **Outrage à chefs d'État**, Paris, Les Belles Lettres
- SNYDER, F. G. (1975) « Quelques réflexions sur le pluralisme juridique en Afrique, en Afrique du Nord et en Asie de l'ouest », **Développement et société**, École de criminologie – Université de Montréal : 186-208
- TATE, C. Neal et VALLINDER, Torbjörn (eds. 1995) **The Global Expansion of Judicial Power**, New York, New York University Press
- VAN PARIJS, Philippe (1991) **Qu'est-ce qu'une société juste?**, Paris, Éd. du Seuil  
 (1995) **Sauver la solidarité**, Paris, Éd. du CERF
- VON HUMBOLDT, Wilhelm (1792/1990) **Os limites da ação do Estado**, Porto, Resjurídica
- WEBER, Max (1996) **Le savant et le politique**, Paris, 10/18 (Trad. de Julien Freund, révisée)
- WIEVIORKA, Michel (dir. 1997) **Une société fragmentée. Le multiculturalisme en débat**, Paris, Éd. La Découverte & Syros